



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



# **Die Datenschutz- Grundverordnung und ihre Bedeutung aus Schweizer Optik für das Arbeitsrecht**

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

# Agenda

- I) Kurzeinschätzung der DSGVO im Allgemeinen
- II) Wie es zur (Nicht) Regelung zum Beschäftigtendatenschutz in der DSGVO kam
- III) Analyse von Art. 88 DSGVO im Einzelnen
- IV) Auswirkungen der DSGVO für die Schweiz

# Die (widersprüchlichen?) Ziele der DSGVO

- Grundlage im Primärrecht, Art. 16 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)
- Gegenstand und Ziel der DSGVO (Art. 1)
  - Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Verkehr solcher Daten
  - Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten, insbesondere Recht Schutz personenbezogener Daten
- Erleichterter Datenfluss – nicht nur Datenschutz
- Spannungsverhältnis, Grundwiderspruch Binnenmarkt / Grundrechtsschutz der DSGVO immanent

# Kontroverse Einschätzungen zur DSGVO

Körner, Marita (Schriftenreihe Hugo-Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Bd 18)

- alter Wein in neuen Schläuchen bezüglich materiellem Datenschutz
- Keine Antworten auf die neuen Probleme, v.a. im Zusammenhang mit Big Data

Burri, Mira/Schär, Rahel (EUZ 4/2016)

- Kritische Analyse der Neuerungen der DSGVO im Lichte der digitalen Wirtschaft
  - EuGH als Treiber der Reform
  - Wesentliche Inhalte
    - Harmonisierung des Datenschutzrechts (*Einwand: fast 30 Öffnungsklauseln in der DSGVO*)
    - Mehr Rechte für die Konsumenten (Recht auf Vergessen bzw. Recht auf Löschung, erhöhte Anforderungen an die Einwilligung, gesetzliche Grundlagen für die Überwachung)
    - Mehr Pflichten für die «Verarbeiter» und «Auftragsverarbeiter»
    - Ausdehnung des territorialen Anwendungsbereichs
    - Finanzieller Mehraufwand wegen der DSGVO
    - Störungen des transatlantischen Verhältnisses erwartet

# Die DSGVO im breiteren Kontext

- Rechtsprechung des EuGH zur Art. 7 und 8 Grundrechtecharta
- Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK
- Revision der Datenschutzkonvention 108 des Europarates
- Aktuell, 10. Januar 2017: EU-Kommission stellt Entwurf vor «Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation» (Nachfolgeregelung zur RI 2002/58/EG.
  - Auch hier: VO statt RL
  - Teil der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt
  - Angleichung an Schutzniveau der DSGVO
  - Wesentliche Inhalte:
    - mehr Schutz für die user (z.B. müssen Zeitpunkt eines Anrufes und Standortdaten anonymisiert oder gelöscht werden)
    - Erweiterte Möglichkeiten zur Datenbearbeitung bei Einwilligung
  - Einschätzung:
    - Das Ende der digitalen Wirtschaft (so Stimmen aus der Wirtschaft)
    - Da besteht noch erheblicher Nachbesserungsbedarf für die Rechte der Konsumenten (so Digital Rights Europe)

# Agenda

---

- I) Kurzeinschätzung der DSGVO im Allgemeinen
  - II) Wie es zur (Nicht) Regelung zum Beschäftigtendatenschutz in der DSGVO kam
  - III) Analyse von Art. 88 DSGVO im Einzelnen
  - IV) Auswirkungen der DSGVO für die Schweiz
-

# Entstehungsgeschichte des heutigen Art. 88 DSGVO

Beschäftigungsdatenschutz in der VO heute: Lediglich Öffnungsklausel in Art. 88 DSGVO

Historie:

- Kommissionsvorschlag 2012 (damals Art. 82 DSGVO):
  - Öffnungsklausel mit dem Text «in den Grenzen dieser Verordnung
- Fassung nach Änderungsvorschlägen EU-Parlament 2014 (Art. 82 DSGVO)
  - Öffnungsklausel mit ausdrücklichen Rahmenbedingungen und Mindeststandards hinsichtlich bsw. der Überwachung der Mitarbeiter/innen
  - Konzernprivileg
  - Bestimmung zur Überwachung (die auch als Ermächtigung für die Überwachung verstanden werden konnte
- Fassung 2015 (noch immer Art. 82 DSGVO)
  - Mitgliedstaaten können spezifischere Vorschriften im Beschäftigungskontext erlassen.... Abs. 2 der Version von 2014 wurde gestrichen
  - Endgültige Fassung 2016: neu in Art. 88 DSGVO, Text gleich wie 2015

# Ausgewählte DSGVO-Bestimmungen mit arbeitsrechtlicher Relevanz

## Kapitel I) Art. 3 Räumlicher Anwendungsbereich

- Art. 3 Abs. 2 lit. b (und Erwägungsgrund 24), Sitz- und Marktsortprinzip (dem Grundsatz nach schon in den EuGH-Entscheidungen Google und Facebook angelegt)

## Kapitel II) Allgemeine Bearbeitungsgrundsätze (Art. 5 – 9)

- Art. 7 Abs. 4 , Bedingungen für die Einwilligung (siehe auch Erwägung 42)
- Art. 9 besondere Kategorien personenbezogener Daten, siehe aber Art. 9 Abs. 2 lit. b

## Kapitel III) Rechte der betroffenen Personen

- Art. 17, Recht auf Vergessenwerden bzw. Recht auf auf Löschung, Art. 17 DSGVO
- Art. 20, Recht auf Datenübertragbarkeit (auch z.B. auf die elektronische Mitarbeiterakte)

## Kapitel IV) Verantwortlicher und Auftragsverarbeiten

- Art. 35, Datenschutzfolgeabschätzung, und vorherige Konsultation (Art. 36 DSGVO)
- Art. 37 ff Betrieblicher Datenschutzbeauftragter
- Art. 42 ff., Datenschutzzertifizierungen und Datenschutzsiegel

## Kapitel VII) Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktion

- Je nach Verstoss kann die Aufsichtsbehörde Sanktionen von bis zu 20 Millionen Euro oder – falls höher – 4% des weltweit erzielten Geschäftsjahres



# Agenda

---

- I) Kurzeinschätzung der DSGVO im Allgemeinen
  - II) Wie es zur (Nicht) Regelung zum Beschäftigtendatenschutz in der DSGVO kam
  - III) Analyse von Art. 88 DSGVO im Einzelnen
  - IV) Auswirkungen der DSGVO für die Schweiz
-

# Art. 88 DSGVO: Der Wortlaut (1)

## Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

1. Die Mitgliedstaaten können durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext, insbesondere für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, des Schutzes des Eigentums der Arbeitgeber oder der Kunden sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorsehen.

# Art. 88 DSGVO: Der Wortlaut (2)

## Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

2. Diese Vorschriften umfassen angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz der Verarbeitung, die Übermittlung personenbezogener Daten innerhalb einer Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine gemeinsame Wirtschaftstätigkeit ausüben, und die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz.
  
3. Jeder Mitgliedstaat teilt der Kommission bis zum 25. Mai 2018 die Rechtsvorschriften, die er aufgrund von Absatz 1 erlässt, sowie unverzüglich alle späteren Änderungen dieser Vorschriften mit.

# Bei der Auslegung zu berücksichtigen: Erwägungsgrund 155

Im Recht der Mitgliedstaaten oder in Kollektivvereinbarungen (einschließlich 'Betriebsvereinbarungen') können spezifische Vorschriften für die Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext vorgesehen werden, und zwar insbesondere Vorschriften über die Bedingungen, unter denen personenbezogene Daten im Beschäftigungskontext auf der Grundlage der Einwilligung des Beschäftigten verarbeitet werden dürfen, über die Verarbeitung dieser Daten für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten, des Managements, der Planung und der Organisation der Arbeit, der Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz, der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz sowie für Zwecke der Inanspruchnahme der mit der Beschäftigung zusammenhängenden individuellen oder kollektiven Rechte und Leistungen und für Zwecke der Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses.

# Was sind «Beschäftigtendaten»?

- Begriff „Beschäftigtendaten“ ist in der DSGVO nicht definiert
  - Autonome Auslegung nach dem Unionsrecht
  - Zuständig: EuGH, nicht die Mitgliedstaaten
- Es gibt keinen einheitlichen Arbeitnehmerbegriff im EU-Arbeitsrecht (je nach Sachbereich sind auch Selbständige oder quasi-Selbständige erfasst)
  - Entstehungsgeschichte und Zweck von Art. 88 DSGVO spricht viel für einen engen Begriff
- Konsequenz: Nationales Beschäftigtendatenschutzrecht ist nur als „Arbeitnehmerdatenschutzrecht“ erlaubt

# Was bedeutet «im Beschäftigungskontext»?

Siehe Art. 88 Abs. 1 DSGVO:

- Einstellung, Erfüllung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses
  - Planung der (abhängigen) Arbeit und ihrer Rahmenbedingungen
  - Gleichheit und Diversität am Arbeitsplatz (Zusammenhang zu den Antidiskriminierungsrichtlinien)
  - Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz
  - Schutz des Eigentums des Arbeitgebers oder der Kunden
- Aufzählung ist nicht abschliessend («insbesondere»)

# Was heisst «spezifischere Vorschriften»? (1)

Vorbemerkung: Art. 88 Abs. 2 DSGVO stellt eine Konkretisierung des Grundrechts auf Datenschutz (Art. 8 Grundrechtecharta) im Beschäftigungskontext dar und setzt gleichzeitig den in Art. 16 AEUV verankerten Gesetzgebungsauftrag um.

Der Begriff «spezifischere Vorschriften» ist unklar (wird dereinst vom EuGH ausgelegt werden)

Fragen:

- Setzt die DSGVO hinsichtlich Beschäftigtendatenschutz nur einen Mindeststandard, dürf(t)en also Mitgliedstaaten einen weiterweitgehendenden Beschäftigtendatenschutz beschliessen?
- Oder ist das unzulässig, weil so der Grundsatz des freien Datenverkehrs verletzt würde?

# Was heisst «spezifischere Vorschriften»? (2)

Meine These:

- Im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes ist von einer Vollharmonierungsabsicht auszugehen

Konsequenz:

- Die Mitgliedstaaten dürfen die DSGVO i.S. Arbeitnehmerdatenschutz präzisieren, nicht verschärfen

Stütze für diese These:

- EuGH-Entscheidung C-486/10, ASNEEF
  - Spanisches Gesetz zur Umsetzung der Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG
    - Einwilligung u.a. nicht erforderlich, wenn die Daten in einem öffentlichen Register enthalten sind
    - Verstösst nach EuGH gegen Art. 7 RI 95/46EG, siehe Rz 32 des Urteils
    - MS dürfen keine neuen DS-Grundsätze einführen und keine zusätzlichen Bedingungen stellen, wenn so die Tragweite der DS-Grundsätze verändert würde



# Wie darf/muss eine nationale Regelung zum Beschäftigtendatenschutz ausgestaltet sein?

Siehe Art. 88 Abs. 2 DSGVO: «angemessene und besondere Massnahmen, die bei der Verarbeitung von Beschäftigtendaten sicherstellen, dass die Würde der Beschäftigten sowie ihre berechtigten Interessen und Grundrechte gewahrt bleiben».

- Klares Bekenntnis zu Art. 7 und 8 der Grundrechtecharta
- Berücksichtigung auch der Rechtsprechung des EGMR zum Schutz von Art. 8 der EMRK (siehe Art. 53 Abs. 3 der Grundrechtecharta)

Aufgabe an die Mitgliedstaaten:

- Schützt das nationale (Arbeits)recht die Beschäftigten ausreichend vor Datenbearbeitung, die einen Angriff auf die Würde und die berechtigten Interessen und Grundrechte der Beschäftigten darstellen?
- Ob Paragraph 32 des Bundesdatenschutzgesetzes diesen Anspruch erfüllt, ist umstritten (Zusammenhang: Der Streit um das Beschäftigtendatenschutzgesetz)

# Wie darf/muss eine nationale Regelung zur Überwachung der Mitarbeitenden ausgestaltet sein?

Siehe Art. 88 Abs. 2 DSGVO: «angemessene und besondere Massnahmen zur Transparenz».

- bedeutet, dass die Mitgliedstaaten besonders die Fragen der (offenen und heimlichen) Überwachung der Mitarbeitenden klar regeln müssen (Da die Überwachung Grundrechte betrifft, bedarf es einer ausdrücklichen Regelung in einem Gesetz)
- Wenn die Mitgliedstaaten in ihrem Arbeitsrecht keine solche Bestimmung haben, gelten die Vorgaben nach Art. 23 DSGVO unmittelbar (dort: Gesetzliche Grundlage erforderlich)
- Überwachungssysteme fallen auch unter Art. 35 DSGVO (Folgeabschätzung)
- Einwilligung als Rechtfertigung der (offenen) Überwachung und Kontrolle?
  - Siehe Art. 7 Abs. 4 DSGVO – Freiwilligkeit der Einwilligung, siehe die umfangreichen Anforderungen an die Freiwilligkeit
  - Mitgliedstaaten dürfen NICHT von Art. 7 Abs. 4 DSGVO abweichen
  - Im Ergebnis scheidet die Einwilligung i.d.R. als Ermächtigungsgrundlage für Kontrolle und Überwachung aus

# Welcher Spielraum für Kollektivvereinbarungen?

Art. 88 Abs. 1 DSGVO: Beschäftigtendatenschutz durch Gesetz oder durch Kollektivvereinbarung regelbar

- Ob das national zulässig ist, ist Sache der Mitgliedstaaten

Umgang mit bestehenden Kollektivvereinbarungen (nach Inkrafttreten der DSGVO):

- Diese kommen als Grundlage für die Datenbearbeitung im Beschäftigtenkontext in Frage, wenn die die Vorgaben von Art. 88 Abs. 2 DSGVO vollständig erfüllen ...
- ... und wenn sie keine neuen Datenschutzgrundsätze einführen (siehe weiter vorne, EuGH-Rechtsprechung ASNFF).

# **Bedeutung der DSGVO und Art. 88 für den betrieblichen Umgang mit Internet/E-Mail**

- Art. 95 DSGVO ... verweist auf die Kommunikationsrichtlinie, die bekanntlich revidiert bzw. durch eine VO ersetzt wird.
- Nationales Beschäftigtendatenschutzrecht darf (auch) nicht gegen die Kommunikationsrichtlinie bzw. dereinst VO verstossen

# Agenda

---

- I) Kurzeinschätzung der DSGVO im Allgemeinen

---

- II) Wie es zur (Nicht) Regelung zum Beschäftigtendatenschutz in der DSGVO kam

---

- III) Analyse von Art. 88 DSGVO im Einzelnen

---

- IV) Auswirkungen der DSGVO für die Schweiz

# Auswirkungen der DSGVO auf die Schweiz

Im Allgemeinen:

- Gesetzgebersicher Handlungsbedarf
  - Revision DSG, Ziel «mehr oder weniger gleiches Schutzniveau wie in der EU»
  - Zwischenbemerkung:
    - Man beachte die unterschiedlichen Zwecke der DSGVO und des DSG
    - DSG: Schutz der Grundrechte / Schutz der Persönlichkeit
    - DSGVO: Schutz der Grundrechte und Schutz des freien Datenverkehrs

In arbeitsrechtlicher Hinsicht:

- CH-Unternehmen, die auch im EU-Ausland tätig sind, müssen sich an die DSGVO halten
- Langer Arm der DSGVO in die Schweiz
- Nationale Umsetzung von Art. 88 DSGVO in den verschiedenen Mitgliedstaaten – die entsprechenden Gesetze sind für CH-Unternehmen mit Aktivitäten in diesen Staaten zu beachten
- Arbeitsrechtliche Bedeutung der DSG-Revision?

# Arbeitnehmerdatenschutz in der Schweiz

Art. 10 und 13 BV, Art. 8 EMRK: Persönlichkeits-, Privatsphären- und Datenschutz

Grundnorm: Art. 28 Zivilgesetzbuch (ZGB), Schutz vor widerrechtlicher Persönlichkeitsverletzung

Art. 328 OR für den Arbeitsvertrag: Pflicht des Arbeitgebers zur Achtung und Schutz der Persönlichkeit

Datenschutzgesetz (DSG), allgemeine Bestimmungen und Bestimmungen für Private

Konkretisierung in Art. 328b OR für den Schutz vor Persönlichkeitsverletzung durch missbräuchliche Datenbearbeitung

Siehe auch Art. 26 Verordnung 3 zum ArG (Schutz vor Überwachung)

# **(Keine) Auswirkungen der Revision des DSG auf den Arbeitnehmerschutz?**

DSG-Revision:

- Keine spezifischen Bestimmungen zur Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonen daten , aber:
  - Zahlreiche Bestimmungen mit Auswirkungen auf den Umgang mit Arbeitnehmerdaten
    - Regelungen zu «Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter» (u.a. Dokumentationspflicht der Datenbearbeitung)
    - Datenschutz-Folgeabschätzung
    - Aufnahme des Tatbestandes «Profiling»
    - Sanktionen (u.a. Verschärfung der Verletzung der beruflichen Schweigepflicht)
- Überwachung der Mitarbeitenden
  - Zusammenspiel ArG 6 in Verbind. Art. 26 ArGV 3, Art. 328b und dem rev. DSG
  - Gesetzliche Grundlage der Überwachung und ihrer Schranken im ArG wünschenswert (?)
  - Überwachung = Gesundheitsrelevant und somit Teil der Mitwirkung der Arbeitnehmervertretung
  - Raum für GAV-Lösungen



# Rückblick

- I) Kurzeinschätzung der DSGVO im Allgemeinen
- II) Wie es zur (Nicht) Regelung zum Beschäftigtendatenschutz in der DSGVO kam
- III) Analyse von Art. 88 DSGVO im Einzelnen
- IV) Auswirkungen der DSGVO für die Schweiz



Universität  
Basel

Juristische  
Fakultät



**Vielen Dank**  
für Ihre Aufmerksamkeit.